

Silvia Vivó Cabo

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Socia FICP.

~ Mediación en el proceso penal. La labor del mediador ~

Resumen

La mediación penal en España es un sistema que está naciendo. La principal finalidad que persigue este método alternativo de justicia es la de alcanzar la solución más justa posible a un conflicto originado por la comisión de un delito, que es la reparación del daño causado a la víctima, elevar los niveles de satisfacción de la misma, estimular al ofensor a pensar acerca de los efectos del delito que ha cometido, y reducir los niveles de reincidencia, en lugar del castigo del autor del hecho, como sucede en el vigente sistema de justicia penal. Vamos a analizar la propia figura del mediador como figura esencial para la regulación de la mediación, abogando siempre la protección de la víctima y la disminución de la delincuencia.

Palabras clave

Mediación penal, conflicto, justicia restaurativa, víctima, delincuente.

Abstract

The penal mediation in Spain is a system that is born. The main purpose that pursues this method alternative of Justice is it of reach it solution more fair possible to a conflict originated by the Commission of a crime, that is the repair of the damage caused to the victim, raise them levels of satisfaction of the same, stimulate to the offending to think about them effects of the crime that has committed, and reduce them levels of recidivism, rather than the punishment of the author of the fact, as happens in the existing system of Justice criminal. Are going to analyze it own figure of the mediator as Figure essential for the regulation of the mediation, advocating always it protection of the victim and the decrease of the crime.

Key words

Penal mediation, conflict, restorative justice, victim, criminal.

I. Introducción

Son diversas razones las que han conducido al estudio de la mediación penal con vistas a su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas, la consideración de la víctima como protagonista del conflicto social que se genera con el delito y la conveniente implicación de la misma en la resolución de ese conflicto. En este sentido, la mediación “supone una forma de hacer participar a la víctima en la solución del conflicto frente al Derecho penal clásico y facilitar la reparación del daño en el marco de la llamada justicia restaurativa”¹. Frente a la tradicional concepción del sistema procesal penal en el que un tercero ajeno al conflicto –órgano jurisdiccional- impone la solución que resulte de aplicar el Derecho penal al caso concreto, la justicia restaurativa trata de restituir el orden jurídico y social quebrado por el delito, y trata de hacerlo con la participación de quienes han sido sus protagonistas: víctima e infractor.

Doctrinalmente se ha definido la justicia restaurativa como “la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”²

No obstante, debe advertirse que la justicia restaurativa no es un término equivalente al de mediación. La mediación será uno de los instrumentos posibles para hacer efectiva esa justicia reparadora, contando con la participación de la víctima en la gestión del conflicto, y haciendo que sean ella y el infractor quienes logren alcanzar un acuerdo dirigido a reparar/restaurar el daño. Sin embargo, la mediación no será la única vía para lograr esa justicia restaurativa.

El término “mediación penal” es empleado en la literatura española como equivalente al anglosajón “Victim Offender Mediation” (VOM) cuando se quiere hacer

1 FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones>.

2 RÍOS MARTÍN, J.C, Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, p.3. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones>.

referencia a uno de los métodos de resolución de conflictos penales que acoge la denominada justicia restaurativa. La mediación penal, como método alternativo al proceso judicial, se concibe, así, como un proceso en el que se facilita el encuentro cara a cara entre la víctima de un delito y su agresor, intervenida por un mediador, que les permitirá expresar emociones, opiniones y versiones de los motivos y circunstancias en las que se cometió el mismo, el efecto causado y sufrido por la víctima, y en el que ambas partes podrán decidir, de común acuerdo, la mejor forma de reparar el daño causado.

La principal finalidad que persigue este método alternativo de justicia es la de alcanzar la solución más justa posible a un conflicto originado por la comisión de un delito, que, según los defensores de este proceso, es la reparación del daño causado a la víctima, en lugar del castigo del autor de los hechos, como sucede en el vigente sistema de justicia penal. Al focalizar la atención en la reparación a la víctima por el daño sufrido, y no en la condena del autor del acto delictivo, la mediación penal otorga una participación activa tanto a la víctima como al autor del hecho. En relación con la víctima, dicha participación activa se garantiza no sólo en el devenir del proceso, sino en la toma de decisiones en cuanto al tipo de prestación/reparación/resarcimiento que deba realizar su agresor. Al mismo tiempo, se otorga al infractor la posibilidad de mostrar su arrepentimiento por el acto cometido, comprender el daño causado y, como elemento esencial, realizar los actos pertinentes y dirigidos a la reparación del mismo, en lugar de permanecer en silencio y aceptar la imposición de un castigo que no tiene, necesariamente, finalidad reparadora a la víctima.

Por otro lado, el responsable del proceso de mediación es el mediador que no debe dejar nunca que las partes lleven el control del proceso puesto que entonces, éste está destinado al fracaso. La función del mediador es sentar a las partes a la mesa de la negociación, entendida ésta como la fase previa a la asunción de los acuerdos; así como ayudar a las partes a conseguir un punto de encuentro o conexión, de tal forma que puedan llegar a la resolución del conflicto de forma positiva y aceptada por ambos.

II. La inserción de la mediación en el proceso penal

En este apartado analizaré en primer lugar, los supuestos en que la mediación puede ser previa al proceso penal pudiendo en su caso evitar la iniciación del mismo y, en segundo lugar, el supuesto en que el proceso penal quedará en suspenso para que

pueda desarrollarse el procedimiento mediador, así como los efectos que éste último producirá en ese proceso.

1. Supuestos en que la mediación puede ser previa al proceso penal pudiendo, en su caso, evitar la iniciación del mismo.

La actuación del Derecho Penal sólo puede efectuarse por los órganos de la Jurisdicción y por medio del proceso, a diferencia del Derecho Privado en el que los particulares pueden solucionar los conflictos de Derecho Privado que puedan tener con otros sujetos sin necesidad de solicitar la actuación de los órganos jurisdiccionales ni acudir necesariamente al proceso, a saber, pueden solucionar el litigio por ellos mismos o solicitar la intervención de terceros con funciones no jurisdiccionales (arbitraje, mediación, conciliación).

De manera que en el ámbito del Derecho Penal, el proceso penal aparece como instrumento necesario para la actuación del Derecho Penal. Además, la iniciación de este proceso no siempre depende de la voluntad de las personas interesadas en la aplicación del Derecho Penal, sino que la ley impone a un órgano del Estado (el Ministerio Fiscal) el deber de iniciar el proceso penal ante la existencia de unos hechos que revistan caracteres de delito. La actuación del Derecho penal por la Jurisdicción está informada, salvo alguna excepción, por el principio de legalidad. En el proceso penal está presente el interés público en la persecución de unos hechos que revisten caracteres de delito y en la imposición de la consecuencia jurídica que se vincula a la comisión de esos hechos (la pena).

El *ius puniendi* que debe actuarse en el proceso penal es de titularidad estatal y los particulares, en tanto no son titulares de aquel derecho no pueden disponer del mismo. De otro lado, el proceso penal (o la relación jurídica procesal penal) tampoco es disponible por los particulares, pues, salvo excepciones, la iniciación de ese proceso y la continuación del mismo no depende de la voluntad de las personas interesadas en la actuación del Derecho penal. En virtud del principio de legalidad, el Ministerio Fiscal tiene el deber de formular la acusación penal y de mantenerla cuando considere que se han producido unos hechos delictivos, y ello excluye la disponibilidad del proceso penal por las partes acusadoras.

No obstante lo anterior, en ciertos supuestos la iniciación del proceso penal va a depender de la voluntad de las personas ofendidas por el delito y posibles interesadas en

la actuación del derecho penal. En efecto, la persecución de los delitos denominados privados depende de la presentación de querrela por la persona ofendida por el delito (acusador privado), no siendo parte en esos procesos el Ministerio Fiscal. No hay problema en admitir que en este tipo de delitos se atribuye a los sujetos pasivos del delito (a los ofendidos) un poder de disposición sobre el proceso penal que se explica por la entidad o naturaleza de los hechos delictivos. Además, en este tipo de delitos, el perdón del ofendido extinguiría la acción penal, la pena impuesta o la que estuviera en ejecución, lo cual corrobora la idea de que el ofendido por el delito dispone del propio proceso penal.

De otro lado, en los delitos denominados semiprivados es precisa la denuncia de la persona ofendida para que pueda comenzar el proceso penal, constituyéndose posteriormente el Fiscal como parte acusadora, y continuando éste con el proceso penal si considera que concurren los presupuestos necesarios (hechos constitutivos de delito y persona a la que se pueda atribuir), ello a pesar de que la persona ofendida por el delito no se haya constituido como parte acusadora o a pesar de que constituida, decida apartarse del proceso. Nos encontramos, por tanto, ante otra manifestación de disponibilidad del proceso penal pues ciertamente la iniciación de éste va a depender de una decisión de la víctima del delito.

Con todo, la atribución a la víctima del delito de un poder de disposición sobre el proceso penal tendría una diferente justificación en cada uno de los delitos (calumnia e injuria, contra la libertad sexual, daños).

Pues bien, la disponibilidad del proceso penal por la víctima del delito y la posibilidad de excluirlo mediante el perdón del ofendido justificarían la mediación como alternativa al proceso y como medio adecuado para la solución del litigio. De un lado, porque, la persecución de estos delitos no estaría sujeta al principio de legalidad y dependerá de la decisión de la víctima. De otro, por la constatación de que en muchos casos la compensación que persigue la víctima con la iniciación del proceso penal no es primordialmente la sanción penal. Cuando los ciudadanos denuncian un delito tienen un conjunto de problemas donde el aspecto penal es el de menor importancia (desavenencias conyugales, problemas entre vecinos, problemas relacionados con la enfermedad mental o trastornos de conducta). La víctima que solicita la iniciación de ese tipo de procesos podría obtener una reparación más satisfactoria con la adopción de ciertas medidas (compensación económica, reconocimiento de los hechos por el autor y

presentación de disculpas, sometimiento a programas de deshabituación –alcoholismo, toxicomanías-), que con la imposición de una pena al acusado.

Especiales consideraciones se deben hacer en aquellos supuestos en los que se atribuye al Ministerio Fiscal la posibilidad de formular denuncia para la persecución de determinados delitos. Según el artículo 191.1 del Código Penal “*Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal*”. En estos supuestos la posibilidad de formular querrela o denuncia por el Fiscal no quedaría estrictamente sujeta a la concurrencia de los presupuestos de la acción penal (comisión de unos hechos aparentemente constitutivos de esos delitos), sino que el Fiscal deberá provocar la iniciación del proceso “ponderando los legítimos intereses en presencia”. Se entiende que en tales casos el Fiscal debe tener en cuenta la situación del ofendido y la posible incidencia negativa sobre su persona de la iniciación del proceso penal. Se trataría de que el Fiscal valorara la conveniencia de iniciar el proceso penal del mismo modo que debería valorarlo la persona ofendida. Puede hablarse entonces de un poder de disposición del Ministerio Fiscal, pero deberá ejercer no con arreglo a cualesquiera criterios sino en atención a las razones que justifican atribuir en estos delitos ese poder de disposición.

Desde el punto de vista de la mediación, habida cuenta que la querrela por delitos privados debe ir acompañada de la certificación de haber intentado el acto de conciliación, no tendría sentido que tras la admisión de la querrela volviera a intentarse una mediación o que el juez debiera posibilitarla, pues es claro que el intento de solución extrajudicial ya se ha agotado. No obstante, sí es perfectamente posible que, presentada la querrela junto con el certificado de haber intentado el acto de conciliación, el tribunal la rechace, sea *ab initio* sea tras la práctica de alguna diligencia, si de entrada es posible apreciar la falta de relevancia penal de los hechos y el trasfondo puramente económico o de otra índole del conflicto, quedando a salvo el derecho de las partes de acudir a la vía civil para reclamar lo que corresponda.

Por su parte, en los casos en que el proceso debe comenzar previa denuncia de la persona ofendida, sería posible comunicar al denunciante y denunciado la posibilidad de

la mediación y los efectos que la misma puede suponer en el proceso. Y estando también ante delitos cuya persecución depende del ofendido, podría posibilitarse el acceso a la mediación antes de que comenzara el proceso penal, así p. ej., cuando fuera la propia autoridad policial la que efectuara dicha información a la víctima en el momento de denunciar los hechos, y siempre que la autoridad policial apreciara la concurrencia de los presupuestos legales para acceder a la mediación.

2. La mediación como procedimiento vinculado a un proceso penal. Consecuencias del procedimiento mediador –acabe o no con acuerdo- en el proceso penal suspendido.

A diferencia de los supuestos analizados en el anterior apartado, en los que el éxito del procedimiento mediador puede evitar la iniciación del proceso penal, se va a examinar los supuestos en los que se acude a la mediación después de haberse iniciado un proceso penal. Se trata de esbozar el modo en que debería regular la ley procesal los presupuestos que permiten suspender el proceso penal para que pueda desarrollarse la mediación, así como los efectos de ésta –tanto si hay acuerdo como si no- en el proceso.

a) Presupuestos para que el órgano director de la investigación pueda acordar la suspensión del proceso penal para la realización de un procedimiento mediador.

1) Presupuestos objetivos.

Es necesario que la ley procesal establezca el ámbito objetivo adecuado para posibilitar la mediación, sea en el sentido de acotarla a determinadas infracciones, sea en el sentido de permitirla para cualquier tipo de conductas previstas en el código penal. La doble técnica legislativa a la que podría acudir para regular este aspecto es la siguiente: o bien la fijación de unos presupuestos legales cuya concurrencia permitirá sin más derivar el proceso a mediación, o bien el establecimiento de una cláusula general que permita al órgano director de la investigación derivar el asunto a mediación cualquiera que sea el tipo delictivo, cláusula que precisará para su concreción de unos parámetros fijados también por la ley³. Podría también acudir a una combinación de estas dos técnicas, esto es, que se establezcan unos presupuestos legales cuya

³ Apuntan FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediación/Publicaciones>. “En principio ningún delito debe quedar descartado de la mediación, salvo aquéllos que den lugar a determinadas situaciones de desequilibrio de poder o desigualdad”.

conurrencia determine necesariamente la posibilidad de acudir a la mediación y que se contemple esa técnica con una cláusula que permita al órgano competente valorar la posibilidad de acudir a la mediación en otros supuestos no subsumibles en los presupuestos legales pero que, a juicio de ese órgano, también puedan presentar condiciones adecuadas para someterse a mediación.

En cualquier caso, deberá ser la doctrina penalista la que se encargue de estudiar qué delitos deben ser o no sometidos a mediación teniendo en cuenta si las características de los mismos son o no apropiados para ser objeto de este tipo de procedimiento mediador.

2) Presupuestos subjetivos.

Para que el tribunal pueda decretar la suspensión del proceso penal con fines a que se desarrolle un procedimiento mediador, será preciso que estén identificados los protagonistas del conflicto, víctima e infractor, que pasarán a ser, en caso de que así lo acepten voluntariamente, las partes en el procedimiento mediador.

Respecto a la víctima, se ha afirmado que la mediación resultará adecuada en aquellos delitos en los que se cuente con una o varias personas que están identificadas y respecto de las cuales es posible individualizar el daño material y moral producido por el delito. De manera que si la víctima del delito no está individualizada (como por ej. cuando el perjudicado u ofendido es la colectividad en general), el procedimiento mediador no tendrá sentido, pues es necesario esa individualización al ser la víctima la que deba participar en ese procedimiento, dialogar, y en su caso, ser receptora de la reparación que entraña la mediación.

En relación al infractor, la cuestión que se plantea es determinar el momento a partir del cual cabe entender que tiene la condición de parte en el proceso penal y puede consecuentemente ser parte en el procedimiento mediador. Es decir, si es necesario que el posible autor haya declarado en calidad de investigado o si debe posibilitarse la mediación antes de declarar en esa calidad. La respuesta dependerá del modo en que comience el proceso penal y de la necesaria identificación del posible responsable. Así, si el proceso penal se inicia mediante denuncia o querrela donde se identifica plenamente al denunciado o querrellado, la admisión de éstas ya supondrá poner en conocimiento del denunciado o querrellado la existencia de unos hechos que se le imputan. Y aquí sí concurren ya los presupuestos legales para posibilitar la mediación,

en consecuencia, el juez podría informar tanto a la víctima como al infractor de la posibilidad de mediación y de suspensión del proceso. Por tanto, al darle traslado al denunciado o querellado de la admisión a trámite de la denuncia o querrela ya se le podría informar de la posibilidad de someterse a un procedimiento mediador, pudiendo comenzar la mediación antes de que el juez recibiera declaración al denunciado o querellado en calidad de investigado.

Ahora bien, la cuestión que se plantea es si cuando la *noticia criminis* haya llegado a la autoridad judicial precedida de unas actuaciones realizadas por la policía o por el Ministerio Fiscal, cabría derivar la mediación antes de que el sospechoso haya declarado en calidad de investigado. Pues bien, si la mediación es un procedimiento incidental o vinculado al proceso penal –distinto de los supuestos en que la mediación será previa y alternativa al proceso- será preciso que el juez instructor haya dado comienzo a ese proceso penal para que pueda acordarse la suspensión del mismo y pueda comenzar el procedimiento mediador. Es decir, las actuaciones previas practicadas por la policía o por el Ministerio Fiscal no serían suficientes para derivar a mediación; sería precisa la incoación del proceso penal que corresponda para dentro de él decidir su suspensión y permitir la mediación.

Finalmente, si el procedimiento mediador finaliza sin acuerdo y es preciso reanudar el proceso penal, no cabe descartar la posibilidad que el juez practique una nueva declaración al investigado –con independencia de que antes de la mediación ya hubiera declarado-, debiendo tener en cuenta en esta nueva declaración la imposibilidad por parte del investigado de revelar datos que haya conocido en el procedimiento mediador.

3) *Requisitos de actividad*

Concurriendo los presupuestos objetivo y subjetivo podrá acordarse la suspensión del proceso penal para que puedan iniciarse las sesiones del procedimiento mediador, correspondiendo al juez instructor acordar dicha suspensión mediante el dictado de una resolución que deberá revestir la forma de auto, expresándose en la misma la concurrencia de los presupuestos legales para derivar la mediación y el plazo de suspensión, sin perjuicio de sus posibles prórrogas⁴. Dicho auto deberá identificar los

4 FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediación/Publicaciones>, apuntan que el plazo puede ser de

sujetos interesados en el proceso penal y entre los que se va a desarrollar la mediación, así como el hecho justiciable que constituirá objeto de la mediación. Esta última especificación resultará importante a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, es decir, para evitar la iniciación simultánea o posterior de otro proceso en el que concurren las identidades subjetivas y objetivas con el proceso suspendido por mediación. Además, podrá también especificar que la suspensión del proceso penal alcanza también a la acción civil en tanto la misma va a ser objeto de mediación, salvo renuncia o reserva expresa de la misma.

b) Finalización del procedimiento mediador con acuerdo. Efectos de su incorporación al proceso penal.

Finalizado el procedimiento mediador es posible que se haya alcanzado el acuerdo reparador o que aquel finalice sin acuerdo. En el primer caso, habrá que determinar los efectos del acuerdo reparador en el proceso penal que había quedado en suspenso. En el segundo caso, habrá que reanudar el proceso penal en el punto en el que se quedó y sin que en ningún momento pueda el Tribunal tener conocimiento de lo ocurrido en el procedimiento mediador. Más concretamente, en el primer caso, deberá incorporarse al proceso el acta del acuerdo reparador redactado por el mediador y firmado por las partes, mientras que en el segundo será preciso presentar al tribunal un acta en la que se manifieste que el procedimiento mediador se ha seguido pero ha finalizado sin acuerdo, sin especificar las razones o motivos de tal situación.

Los efectos que puede producir la incorporación al proceso penal del acuerdo reparador son los siguientes: a) petición de sobreseimiento por causa de oportunidad; b) Petición de apertura de juicio oral y efectos materiales –no procesales- del acuerdo mediador (en la calificación jurídica o en la sentencia); c) La hipótesis de que se dicte una resolución judicial que “homologue” el acuerdo reparador; d) La hipótesis de que las medidas reparadoras objeto del acuerdo sean impuestas por el tribunal en sentencia; e) La posibilidad de que el acuerdo reparador motive la finalización del proceso con sentencia de conformidad.

sesenta días por aplicación del art. 19 LEC y también la posibilidad de solicitar una prórroga “acreditando mediante certificación el mediador que continua la mediación. El intento de mediación y el tiempo que dure no se computarán a efectos de caducidad o prescripción de la acción”.

c) Finalización del procedimiento mediador sin acuerdo. Continuación del proceso penal que quedó en suspenso.

En este caso deberá reanudarse el proceso penal que había quedado en suspenso por motivo de la mediación. Ahora bien, las actuaciones e informaciones que fueron objeto del procedimiento mediador no pueden ser aprovechadas en el proceso penal. Es unánime la afirmación de la necesidad de proclamar el carácter confidencial del procedimiento mediador y la imposibilidad de que acceda al proceso la documentación que hubiera podido existir en ese procedimiento así como la declaración en calidad de testigos o peritos de las personas que hayan intervenido en él.

Deberá tener plena vigencia en el proceso penal que continúa, el principio de contradicción de ambas partes procesales, si bien ninguna de ellas –salvo consentimiento de la contraria- podrá formular como alegación aquello de lo que tuvo conocimiento en virtud del procedimiento mediador. Igualmente, el principio de igualdad de armas procesales y deberá reconocerse a ambas partes iguales posibilidades de alegación y defensa en el proceso.

Respecto al principio de investigación oficial, el juez no podrá exigir información contenida en el procedimiento mediador, y se ha apuntado también que dicha imposibilidad encontraría un serio obstáculo en las normas que permiten la práctica de diligencias limitativas de derechos fundamentales siempre que la práctica de las mismas respeten las garantías exigidas por la ley.

Y finalmente, respecto al derecho a la presunción de inocencia del investigado no se verá afectado por la continuación de un proceso penal tras el fracaso de un procedimiento mediador, en ningún caso es de por sí atentatorio del derecho a la presunción de inocencia. Dependerá del modo en que quede regulada por la ley esa continuación del proceso penal y de las circunstancias que motivaron la apertura del procedimiento mediador. Y así, la continuación de un proceso penal tras el fracaso de una mediación exigirá la práctica de una mínima actividad investigadora o probatoria en función de la fase procedimental en la que nos encontremos.

III. La labor del mediador.

1. Concepto y características del mediador.

El mediador debe ser una persona con habilidades adecuadas para ayudar a las partes implicadas en un conflicto, a resolverlo de forma adecuada y válida para ellas. El

mediador deberá clarificar las posiciones de cada parte, es muy importante llegar a lo que realmente quieren aquellos que están enzarzados en un conflicto. No siempre lo que se dice que se quiere es, lo que realmente se espera. Ahí justo, es donde debe llegar el mediador, y determinar las necesidades de las partes. Todo ello a través del diálogo y la escucha activa.

De modo que la función del mediador es sentar a las partes a la mesa de la negociación, entendida ésta como la fase previa a la asunción de los acuerdos; así como, ayudar a las partes a encontrar un punto de encuentro o conexión, de tal forma que puedan llegar a la resolución del conflicto de forma positiva y aceptada por ambas.

El mediador debe poner el punto de realidad, es decir, debe ser capaz de ayudar a encontrar soluciones factibles y realizables. Todo esto deberá hacerlo sin imponer su decisión, deberá ayudar a las partes a que ellas mismas vean que el acuerdo propuesto no cumple con la legalidad vigente, o que en la práctica no podrá ser desarrollado, o incluso que el esfuerzo que conlleva los hará desistir.

El mediador es responsable del proceso de mediación, no debe dejar nunca que las partes lleven el control del proceso puesto que entonces, éste está destinado al fracaso. El proceso de mediación debe ser constructivo, positivo y legítimo. De esta forma ayudará a las partes a resolver la disputa inicial. La base del proceso de mediación se basa en el respeto del otro y la responsabilización en el conflicto y, en la solución de éste. Si el mediador valora que alguno de éstos es vulnerado deberá finalizar dicho proceso.

Es importante que el mediador sea consciente que no estará siempre con las partes por lo que ayudará a éstas a elaborar un acuerdo, que les permita no sólo resolver la disputa que les ha llevado a la denuncia de los hechos, sino que además haya podido sembrar la semilla que les permita, ante un nuevo conflicto ser capaces de resolverlos por sí mismos.

El mediador es un catalizador, pues propone un diálogo constructivo, fomenta la escucha activa, guía a las partes, frena la escalada del conflicto y moviliza a las partes en caso de estancamiento, sin olvidar que el poder del acuerdo reside siempre en las partes.

Las características propias del mediador son:

a) ***Debe ser neutral:*** la cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia. No debe tomar partido por ninguna de las partes, de esta forma podrá realmente ayudarlas en la resolución de su disputa.

b) ***No debe imponer sus ideas, ni pensamientos ni creencias.*** Deberá ser respetuoso con las partes y sus ideas, pensamientos o creencias, aunque sean diferentes o contrarias a las suyas propias.

c) ***Debe ser promotor del diálogo entre las partes.***

d) ***Debe ser ágil y resolutivo:*** las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas. Esto es lo que ayudará a las partes a resolver su conflicto.

e) ***Paciencia:*** es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes. Y que sepa gestionar los silencios, muy importantes dentro del proceso de mediación.

f) ***Debe empatizar:*** el mediador debe ser capaz de valorar las percepciones, miedos e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.

g) ***Debe legitimar a las partes entre ellas y, cada una por separado.*** De esta forma éstas estarán equilibradas para poder trabajar desde el proceso de mediación.

h) ***Debe ser imaginativo y ágil en recursos:*** es importante que el mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas. Que tenga capacidad para adaptarse a las partes, nunca serán las partes las que deban adaptarse al mediador.

i) ***Energético y persuasivo:*** a través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.

j) ***Capacidad para tomar distancia en los ataques:*** si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se establecería una nueva disputa y, además, habremos perdido la neutralidad.

k) Debe ser objetivo: el mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa. Si antes he dicho que el poder del acuerdo está en las partes, ahora se puede decir que el conflicto es de las partes, no del mediador.

l) Debe ser digno de confianza para guardar confidencias: debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.

ll) Debe ser perseverante: cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y ansiedad que esto provoca.

2. Requisitos para el ejercicio de la mediación.

Para el ejercicio de la labor mediadora se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Poseer titulación de diplomatura o licenciatura universitaria que le dote de conocimientos generales sobre el asunto sometido a mediación.

b) Estar en posesión del Título que justifique la formación en el campo de la mediación expedida por una Universidad Pública, con una duración mínima de 250 horas lectivas.

c) Acreditar más de 1 año de ejercicio en el ámbito de la mediación.

d) Estar inscrito a una entidad con o sin ánimo de lucro en su condición de mediador (opcional).

3. Facultades de la persona mediadora.

a) A paralizar la mediación en todos aquellos casos que puedan suponer un perjuicio para alguna de las partes en conflicto.

b) A no comenzar el proceso cuando entienda que no va a ser beneficioso en ningún caso para ninguna de las partes.

c) A actuar bajo el principio de flexibilidad de las estructuras.

d) Tener en su poder copia de los autos del proceso, a través de un Oficio judicial, en caso que ésta sea derivada por el Juzgado.

e) A contactar con el acusado y la víctima cuantas veces estime necesario, así como de sus abogados, si así sea pertinente.

f) A mantener las entrevistas que estime oportunas con las partes, una vez hayan dado su conformidad para participar en la mediación.

g) A establecer la duración de las sesiones.

h) A llevar a cabo su labor en un espacio físico habilitado por la Administración de Justicia, para dotar de oficialidad al proceso (esto sería lo ideal, pero también puede ser opcional).

4. Obligaciones y prohibiciones de la persona mediadora.

Obligaciones:

a) Guardar la confidencialidad de los asuntos, con sometimiento a la Ley de Protección de Datos.

b) Actuar bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad.

c) Comenzar el proceso siempre y cuando se cerciore de que las partes han decidido participar en la mediación voluntariamente.

d) Llevar a cabo su labor en la sede de algún organismo oficial.

e) No entrevistarse con menores o incapacitados sin sus representantes legales.

f) No recibir remuneración alguna de ninguna de las partes.

g) Deber de promover un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes.

h) Velar para que las partes tomen sus propias decisiones y dispongan de la información y asesoramiento suficientes para lograr los acuerdos de manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.

i) Finalizar el proceso de mediación dentro del plazo de tres meses desde la firma del consentimiento informado, salvo autorización expresa del Juez ampliando dicho plazo.

j) Presentar, una vez haya finalizado la mediación, un informe junto con el acta de reparación al Juzgado.

k) Respetar las normas deontológicas del Colegio Profesional al cual pertenecen.

Prohibiciones:

a) Intervenir profesionalmente como abogado en la causa en que se esté mediando.

b) Obtener ventajas profesionales de las partes intervinientes en la mediación.

5. Principios en los que el mediador debe basar su práctica.

a) **Buena fe:** el mediador no debe ocultar información que tenga sobre las partes, o bien utilizarla a favor o en contra de algunas de ellas. El mediador debe dirigir pero, en ningún caso, manipular el procedimiento para obtener un determinado resultado.

b) **Debe promover la participación activa:** el mediador debe promover que las partes se activen y, por tanto, estén predispuestos a llevar a cabo una mediación y por lo tanto para ser mediadas, es decir, aportar los datos que faciliten el dar alternativas para la solución de su conflicto.

c) **Debe legitimar a las partes:** es la capacidad del mediador de reconocer la realidad de los mediados y respetarla tal cual, haciendo a un lado su opinión y realidad personal respecto al conflicto, es decir, mantenerse al margen del problema que se está tratando.

d) **Tomar decisiones en consenso:** el mediador debe velar por que el acuerdo sea fruto de la decisión de ambas partes, aunque no inmiscuirse ni influir en los acuerdos.

e) **La paz:** el mediador no debe de traer más conflicto de los que las partes traen al proceso, es decir, solamente recoger los datos concernientes al tema a tratar, no indagar en el pasado, solo lo que sea necesario prescindiendo de todo aquello que no aporte nada a la solución del conflicto.

f) **La neutralidad:** se debe partir desde la creencia que todas las partes tienen intereses igualmente válidos, por lo que la solución del problema debe satisfacer el mayor número de necesidades de cada parte.

g) **Carácter personalísimo:** en conflictos familiares no se puede delegar en una representante para que acuda en su nombre al proceso de mediación.

h) **Debe garantizar la voluntariedad:** libertad de acudir a participar en una mediación sin coacciones. De manera que nadie puede ser obligado, desde una instancia judicial o administrativa, a someterse a esta forma de resolución de conflicto y de igual modo, cualquiera de las partes, después de iniciado el proceso, puede libremente decidir dejar de participar en él, sin expresión de causa.

i) **Debe ser garante del equilibrio de poder entre las partes:** el mediador deberá cerciorarse durante el transcurso del proceso que ninguna de las partes se encuentre

presionada por la otra bajo amenaza abierta o velada de sufrir un perjuicio ilegítimo en su persona o bienes. Será obligación del profesional constatar si ambas partes cuentan con la información suficiente para tomar decisiones, como con la capacidad física e intelectual para comprender el proceso y las consecuencias del mismo. El mediador suspenderá la mediación cuando considere que una de las partes requiere el amparo judicial u otro tipo de intervención, por no tener la capacidad para representar o proteger sus derechos.

j) Confidencialidad: se refiere al espacio de privacidad que el proceso de mediación genera, el cual constituye uno de los pilares fundamentales para la construcción de la confianza que permite un diálogo abierto y una actitud hacia la colaboración. El profesional deberá guardar reserva de todo lo visto y escuchado en el proceso de mediación, siendo su responsabilidad custodiar adecuadamente los registros personales de los casos en los que interviene para evitar su publicidad.

IV. Bibliografía

FÁBREGA RUIZ, C.F/ HEREDIA PUENTE, M, La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la Justicia, en Bajo Estrados, Revista del Colegio de Abogados de Jaén. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones>.

RÍOS MARTÍN, J.C, Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia, Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Publicaciones>..

GORDILLO SANTANA, Luis F, La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid: Iustel, 2007.

DE DIEGO, R./GUILLÉN, C, Mediación: Proceso, tácticas y técnicas. Madrid, Ed. Pirámide, 2010.

MUNDUATE, L, /MEDINA, F.J, Gestión del conflicto, negociación y mediación. Madrid, Ed. Pirámide, 2006.